Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

I.

Ueber das Weſen des Titels bei der Erſitzung.

Von Fitting.

1. Es iſt immer ein großes Verdienſt, wenn auf einem wiſſenſchaftlichen Gebiete die Unhaltbarkeit einer bisher allgemein angenommenen Meinung nachgewieſen wird, denn erſt dadurch iſt für den Fortſchritt zur richtigen Erkenntniß die Bahn frei gemacht und der Anſtoß gegeben. Dieſes Verdienſt hat ſich in der Lehre von der Erſitzung Stintzing erworben. Dank ſeiner ſcharfſinnigen und anregenden Schrift über das Weſen von bona fides und titulus in der römiſchen Uſucapionslehre (Heidelberg 1852) wird jetzt faſt von allen zugegeben, daß die frühere Anſicht von dem Verhältniſſe des Titels und guten Glaubens, welche in dem Titel nur einen bloſen Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens erblickte, nicht probehaltig ſei. [1])

Nicht den gleichen durchſchlagenden Erfolg hat freilich der poſitive Theil ſeiner Ausführungen gehabt. Eben ſo wenig iſt aber bis jetzt irgend eine andere Anſicht zur Herrſchaft oder ſelbſt nur zu einem nennenswerthen Uebergewichte gelangt.

1) Dieſe frühere Anſicht, wie ſie namentlich von Möllenthiel, Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (1820) und v. Savigny, Syſtem III. (1840) S. 371—374 ſchärfer entwickelt worden, wird gegenwärtig, ſoweit ich ſehe, nur noch vertheidigt von Keller, Pandekten (1. Aufl. 1861) §. 133 und von Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I. (1862 und 2. Aufl. 1867) §. 178.

Vielmehr erscheint die Lehre vom Titel und guten Glauben bei der Ersitzung, auf deren Boden ehemals eine so seltene Einhelligkeit zu finden war, gegenwärtig als ein Tummelplatz der mannigfaltigsten und verschiedenartigsten Meinungen, die in nahezu eben so viele Schattirungen aus einander laufen, als sich Schriftsteller über den Gegenstand haben vernehmen lassen.[2])

Daß dieser Zustand ein befriedigender, wird niemand behaupten wollen. Sieht man sich aber nach einem Mittel zur Abhülfe um, so weiß ich kein anderes, was einen sichern Erfolg versprechen könnte, als eine ganz gründliche und eingehende Untersuchung an der Hand der Quellen, angestellt mit voller Unbefangenheit und mit Beiseitelassung jeder vorgefaßten Meinung. Diese Untersuchung hätte sich zu richten:

1) auf das Wesen des Titels,

2) auf dasjenige des guten Glaubens,

3) auf das Verhältniß beider Erfordernisse der Ersitzung zu einander.

Wäre es aber nicht um eine blos rechtsgeschichtliche Forschung, sondern um Ermittelung des jetzt geltenden Rechtes zu thun, so dürfte man sich mit einer Feststellung des reinen römischen Rechtes nicht begnügen, sondern man hätte weiter zu fragen, in welchem Sinne die Sätze des Corpus iuris von den Juristen des Mittelalters verstanden und von der modernen

---

2) Man vergleiche: v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes. Bd. II. (1854) S. 29 ff. Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. (1855), 3. Aufl. (1859), 5. Aufl. (1865) §. 159, 160. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts. Bd. II. (1855) §. 146, 147. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. I. Abtheil (1857) §. 58. Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigenthum. Abth. II. (1858) S. 288—335. Schirmer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Band XV. (1858) S. 207 ff. 279 ff. Bd. XVI. (1859) S. 1 ff. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 2. Aufl. Bd. I. (1861) S. 498 f. und 508 f. Voigt, Ueber die condictiones ob causam (1862) §. 33—38 (S. 178 ff.). v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. 7. Aufl. (1863) §. 319—321. Hugo Burckhard in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Bd. XXI. (1864) S. 287 ff., 321 ff. Leist, Mancipation und Eigenthumstradition (1865) S. 288 ff. Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867) S. 361 ff., 366 f.

Praxis angewendet worden. Gerade in dieser Lehre liegt die Möglichkeit sehr nahe, daß Usualinterpretation und Gerichtsgebrauch eine Umbildung des Justinianischen Rechtes bewirkt haben könnten.

Ich gedenke, alle diese Fragen, so wie sich mir dazu die Muße ergibt, in dieser Zeitschrift zu erörtern. Zunächst biete ich den Lesern eine Untersuchung über das Wesen des Titels.

2. Der Titel wird gewöhnlich definirt als:
ein zur Verschaffung des Eigenthums an sich, d. h. abgesehen von einem im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisse, geeigneter Erwerbgrund.

Dabei pflegt noch hervorgehoben zu werden, daß in der Regel ein Titel wirklich vorhanden sein müsse, und nur ausnahmsweise auch in Ermangelung eines solchen die Ersitzung zugelassen werde, wenn die irrthümliche Annahme eines Titels durch besondere Umstände gerechtfertigt sei, — wonach denn titulus verus und titulus putativus unterschieden wird.[3])

Es darf billig Wunder nehmen, daß man sich mit dieser Begriffsbestimmung so lange und so allgemein zufrieden geben konnte. Denn bei nur einigermaßen näherer Betrachtung muß doch sofort einleuchten, daß sie völlig nichtssagend und unbrauchbar ist. Was heißt das: ein zur Verschaffung des Eigenthums an sich geeigneter Erwerbgrund? und welche Hindernisse sind es, über die man hinwegsehen kann, so daß trotzdem noch ein verus titulus übrig bleibt? Ist es blos der Mangel des Eigenthums beim auctor, oder sind es auch andere Hindernisse, wie z. B. Wahnsinn, Unmündigkeit des Verkäufers u. dgl.? Wo ist überhaupt die Grenze zwischen dem wahren und dem blos putativen Titel?

---

3) Vgl. schon Hugo im civilist. Magazin. Bd. IV. (1813) S. 145 und von neueren z. B. Unterholzner, Ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 2. Aufl. von Schirmer. Bd. I. §. 102, 103 (S. 348 ff.), Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 157, Seuffert, Prakt. Pandektenrecht §. 135, Scheurl, Beiträge II. S. 81, Böcking, Pand. II. §. 146 (S. 87), Arndts, Pand. §. 159, Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht I. S. 508 f., Vangerow, Pand. I. 7. Aufl. §. 321, Anm. 1 (S. 602), Burckhard S. 307, Leist, Mancipation S. 289.

Auf alle diese naheliegenden Fragen läßt uns jene übliche Begriffsbestimmung ohne Antwort. Sie sagt uns blos: es muß einiges von dem vorhanden sein, was im besondern Fall zum Erwerbe des Eigenthums nöthig wäre, während anderes fehlen kann. Wieviel aber vorhanden sein müsse, und wieviel fehlen dürfe, um das Dasein eines verus titulus annehmen zu können: über diese Hauptfrage erhalten wir keinen Aufschluß. So dürfte es denn auf dem Boden dieser Begriffsbestimmung schwer genug sein, nicht allein eine einigermaßen bestimmte Abgrenzung des putativen Titels von dem wirklichen zu gewinnen, sondern überhaupt nur den ganzen Unterschied von titulus verus und putativus aufrecht zu erhalten. Denn selbst in den Fällen von L. 11 D. pro emt. 41, 4 und L. 5 §. 1 D. pro suo 41, 10, wo das Dasein eines blos putativen Titels allgemein zugegeben wird („ich glaube fälschlich, aber aus entschuldbarem Irrthum, mein Sklave habe eine Sache gekauft" u. dgl.), muß doch immer *etwas* von demjenigen vorhanden sein, was zum Erwerbe des Eigenthums erforderlich sein würde, und wäre es auch nur der bloße *Besitzerwerb*, ohne den natürlich von einer Ersitzung nicht die Rede sein kann. Warum also hier weniger das Dasein eines wirklichen Titels annehmen, als da, wo zwar von den Erfordernissen des Eigenthumserwerbes einige mehr vorliegen, aber doch auch nicht genug, um das Eigenthum wirklich zu verschaffen? Dazu kommt aber, daß in der That schon der bloße Besitzerwerb als ein „an sich und abgesehen von einem im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisse zur Verschaffung des Eigenthums geeigneter Erwerbgrund" angesehen werden muß; denn er macht zum Eigenthümer, so oft nur nicht das Hinderniß im Wege steht, daß die Sache bereits im Eigenthum eines andern ist.

Man würde also schließlich dahin geführt werden, daß der Titel mit dem Erfordernisse des Besitzerwerbes zusammenfiele und von diesem nicht weiter als ein besonderes Erforderniß unterschieden werden könnte. Das meinen nun freilich die Anhänger der herrschenden Begriffsbestimmung nicht; aber eben deßhalb ist diese in jeder Hinsicht ohne Werth und unbrauchbar.

3. Stintzing hat diese Schwächen der gewöhnlichen Definition des Titels nicht übersehen [4]) und macht daher (S. 87 ff.) den Versuch, das Wesen des Titels genauer zu bestimmen, d. h. wie er die Sache auffaßt, festzustellen, wie viele von den zum wirklichen Eigenthumserwerbe nothwendigen Thatsachen allemal mindestens vorhanden sein müßten, wenn eine Ersitzung möglich sein solle. Eine solche Untersuchung hat für ihn allerdings eine größere Wichtigkeit, als für seine Vorgänger, weil er dem Titel nicht blos die secundäre Bedeutung einer Grundlage der bona fides zuschreibt, sondern neben dieser eine völlig selbständige Stellung einräumt. Stintzing gelangt aber (S. 104 ff.) zu dem Ergebnisse, daß bei Beurtheilung des Titels der Standpunkt des Prätors bei Ertheilung der Publiciana festgehalten worden, und daß daher von den zur Begründung des Eigenthums erforderlichen Thatsachen so viele anzuführen und nachzuweisen, als nöthig, um dem Richter einen Wahrscheinlichkeitsschluß auf den rechtlichen Erwerb des Eigenthums zu erlauben (S. 124). Ein Unterschied zwischen titulus verus und putativus lasse sich nach Lage der Quellen nicht erfinden (S. 89. 97).

Nahe verwandt ist die Ansicht Schirmer's. Er erklärt es zwar für zu weit gegangen, wenn Stintzing die Unterscheidung zwischen wirklichem und Putativtitel überhaupt verwerfe, [5]) gibt aber in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, XVI. S. 3 doch auch wieder eine Begriffsbestimmung von iustus titulus, welche sowohl den blos vermeintlichen, als den wirklichen Titel umfaßt, und wonach der iustus titulus sich darstellt als

> derjenige äußere Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworbene erscheinen läßt.

Dieses wird dann (S. 4 ff.) genauer dahin erklärt, daß äußere Thatsachen vorhanden sein müßten, welche nach der

---

4) Man vergl. die Bemerkung auf S. 97 seiner oben genannten Schrift. S. jetzt auch Exner, ‚Rechtserwerb durch Tradition S. 366 f.

5) Vgl. Note *) zu Unterholzner's Verjährungsl. I. S. 354.

Eigenthümlichkeit der Umstände jedes einzelnen Falls geeignet seien, den Anschein rechtmäßigen Erwerbes der Sache zu erzeugen.

In den praktischen Ergebnissen kommt diese Anschauung mit derjenigen Stintzing's wesentlich überein, wie von Schirmer selbst (S. 10, Anm. 6) ausdrücklich anerkannt und hervorgehoben wird.

Beide Schriftsteller stehen übrigens bei dieser Auffassung lediglich auf dem Boden des Justinianischen Rechtes; sie geben zu, was denn auch schwer zu leugnen wäre, daß manche klassische Juristen es mit dem Titel viel strenger genommen, und daß die freiere Auffassung erst allmählich zum Siege gelangt sei. [6])

Mit voller Schärfe wird die Unterscheidung von titulus verus und putativus von Scheurl (Beiträge II. S. 81 ff.) und von Böcking (Pand. II. §. 146) betont; allein auch bei ihnen vermißt man ein bestimmtes Kennzeichen für diese Unterscheidung, wie denn beide der gewöhnlichen Begriffsbestimmung des Titels sich anschließen.

4. Jede Forschung nach dem Wesen des Titels, welche mit einiger Aussicht auf Erfolg unternommen werden soll, muß auf die Meinungsverschiedenheiten zurückgehen, welche unbestritten und unbestreitbar unter den klassischen römischen Juristen über die Nothwendigkeit eines Titels für die usucapio bestanden. Während die einen das wirkliche Dasein eines Titels unbedingt zu jeder usucapio verlangten, wollten die andern eine usucapio auch ohne Titel zulassen, so oft nur der Besitzer guten Grund habe, das Vorhandensein eines Titels anzunehmen. Wollen wir erfahren, was der Titel sei, so müssen wir offenbar bei den Vertretern jener strengern Richtung anfragen. Nur was sie neben dem Besitz an äußern Thatsachen zur usucapio erforderten, wird als verus titulus betrachtet werden dürfen. [7])

---

6) Vgl. Stintzing S. 101, 105 f., Schirmer in der Zeitschrift XVI. S. 8 f., 51 f.

7) Dieser Ausdruck hat wohl auch schon bei den Römern, wenigstens in späterer Zeit, als Kunstausdruck im gleichen Sinne gedient. Vergl.

Dabei werden wir uns freilich bescheiden müssen, wenn es auch nur im großen und ganzen gelingen sollte, einigermaßen feste Ergebnisse zu gewinnen, und wenn auch über manche Einzelfragen Zweifel übrig bleiben sollten. Denn die Untersuchung wird durch zweierlei Umstände nicht unwesentlich erschwert. Theils nämlich dadurch, daß, wie es scheint und wie bei Erörterung des Verhältnisses vom Titel und guten Glauben zu zeigen sein wird, die Consequenzen jener strengen Richtung in einzelnen Punkten schon frühe ziemlich allgemein aufgegeben wurden, theils und insbesondere aber auch dadurch, daß die römischen Juristen die Frage nach dem Titel keineswegs immer scharf von der Frage nach dem guten Glauben scheiden und in vielen Fällen die Usucapion wegen mangelnden guten Glaubens verweigern, wo man als Grund schon den Mangel des Titels erwarten sollte. Gestatten sie dann in ähnlichen Fällen bei vorhandener bona fides die Ersitzung, so kann es daher oft sehr zweifelhaft sein, ob sie das Dasein eines verus titulus annehmen oder nicht.

5. Möllenthiel hat nun zwar zur Lösung dieser Zweifel einen sichern Anhaltspunkt im Sprachgebrauche der römischen Juristen zu finden geglaubt, indem er meint, daß der titulus pro suo immer einen blos imaginären Titel bezeichne. Aus dem Gebrauche dieses Ausdruckes also könne allemal auf den Abgang eines wirklichen Titels geschlossen werden.[8])

Dies ist aber leider eine bloße Täuschung. Pro suo possessio heißt im allgemeinen der Besitz mit dem Glauben,

---

L. 22 C. fam. erc. 3, 36, L. 4 C. de usuc. pro her. 7, 29, L. 5 C. de praescr. l. t. 7, 33; s. auch L. 6 C. de ingen. manum. 7, 14, sämmtlich von Diocletian und Maximian. Voigt, Cond. ob causam S. 207. (A. M. Böcking, Pand. II. §. 146, Note 10.) Ueber den römischen Sprachgebrauch in dieser Lehre überhaupt verweise ich auf die gründlichen Untersuchungen von Voigt §. 7, 18, 20, 22, 33—38. Der Ausdruck titulus putativus ist den Römern bekanntlich fremd und schwerlich recht zutreffend. Doch halte ich ihn wenigstens für unschädlich und werde ihn daher nicht ängstlich vermeiden.

8) Möllenthiel, Natur des guten Glaubens, S. 26, 33 f., 62. S. auch Böcking, Pand. II. §. 146 bei Note 46 (S. 96) und §. 147 b (S. 102).

Eigenthümer zu ſein, oder, was ziemlich auf daſſelbe hinausläuft, der redliche Eigenthumsbeſitz (d. i. Beſitz mit animus domini), einerlei, ob jener Glaube auf Wahrheit beruht oder nicht, ſo daß alſo auch der Beſitz des Eigenthümers ſelbſt pro suo possessio iſt.[9]) Insbeſondere wird ſo bezeichnet der redliche Eigenthumsbeſitz, wenn er nicht auf einem Titel beruht, für den eine ſpeciellere Benennung (pro emtore, pro donato u. dgl.) gangbar iſt, und in ſolchen Fällen erhält dann auch die Erſitzung den Namen usucapio pro suo.[10])

---

9) L. 1 pr. D. pro suo 41, 10 (Ulpian. l. XV. ad Edict.): Pro suo possessio talis est: Quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo. Vgl. noch §. 1 h. l., L. 3 §. 4 D. de acq. poss. 41, 2 (Paul.), L. 5 D. de usurp. 41, 3 (Gaius), L. 13 §. 2 D. eod (Paul.), L. 32 pr. D. eod. (Pompon.), L. 5 pr., §. 1 D. pro suo 41, 10 (Nerat.). S. auch Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 101 (S. 341 f.) Uebrigens ſind die beiden im Texte gegebenen Faſſungen des Begriffes keineswegs vollkommen gleichbedeutend. Die erſte dürfte im allgemeinen die genauere ſein. Doch haben hier die Römer ſchwerlich ſcharf geſchieden, wie deutlich aus L. 4 pr. D. pro suo 41, 10 (Pompon.) hervorgehen möchte. In dieſer Stelle wird nämlich pro suo und clam possidere einander entgegengeſetzt, und zwar, wie der ganze Zuſammenhang lehrt, offenbar in dem Sinne, daß damit der redliche Beſitz mit animus domini dem unredlichen gegenübergeſtellt werden ſoll. — Den Gegenſatz zur pro suo possessio bildet theils das pro alieno, theils das pro possessore possidere. Jenes iſt ohne Zweifel als der redliche Beſitz ohne animus domini zu faſſen, ſo daß alſo der Beſitz des Pfandgläubigers, des Precariſten ꝛc., überhaupt die Fälle des ſ g. abgeleiteten Beſitzes hierhergehören. S. L. 13 pr. D. de usurp. 41, 3 (Paul.): Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus, und vgl. L. 13 §. 1 D. de Publ. act. 6, 2 (Gaius): Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium; namque pignoraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse. Vgl. auch L. 7 §. 4 D. comm. div. 10, 4. Der Begriff der pro possessore possessio wird ſogleich im Texte entwickelt werden.

10) L. 3 §. 21 D. de acq. poss. 41, 2, L. 2 D. pro suo 41, 10 (Paul.); vgl. L. 1 §. 2 D. pro dote 41, 9 (Ulp.), L. 2 D. eod. und fr. Vat. §. 111 (Paul.).

So erklärt es ſich, daß manche römiſche Juriſten auch den auf einen blos putativen Titel gegründeten redlichen Eigenthumsbeſitz nur als possessio pro suo und entſprechend die Uſucapion aus einem ſolchen Titel als usucapio pro suo bezeichnen. Denn auch hier fehlt es in Wahrheit an einem Titel, wonach man die possessio und usucapio ſpecieller benennen könnte. [11])

Andere Juriſten nehmen indeſſen keinen Anſtand, auch dem Beſitz und der Uſucapion aus einem blos vermeintlichen Titel den ſpeciellen Namen des blos irrthümlich angenommenen Titels beizulegen. [12]) Aus der einen oder andern Bezeichnungsweiſe iſt daher wenig ſicheres zu ſchließen. Und um ſo weniger, als ja auch da, wo ein wirklicher, nur nicht durch eine ſpeciellere Benennung ausgezeichneter Titel vorliegt, von einer pro suo usucapio geſprochen wird.

6. Weit eher kann der Begriff der pro possessore possessio unſerer Unterſuchung eine Handhabe gewähren.

Manche der römiſchen Juriſten, namentlich Julian, wollten darunter freilich jeden Beſitz mit dem animus domini aber mit dem Bewußtſein, kein Eigenthum zu haben, oder, was wieder ziemlich daſſelbe iſt, jeden unredlichen Eigenthumsbeſitz verſtehen, einerlei, ob mindeſtens noch ein zum Eigenthumserwerbe geeigneter Titel vorhanden, oder nicht. Danach würde denn z. B. auch wer wiſſentlich eine Sache von einem Nichteigenthümer gekauft, pro possessore possessor ſein,

---

11) L. 67 D. de iure dot. 23, 3 (Proculus); L. 27 D. de usurp. 41, 3 (Celsus und Ulpian.), in welcher Stelle übrigens das „pro suo“ auch in dem weitern Sinn gemeint ſein könnte, wonach es die ſpeciellern Titel mit umfaßt (ſ. L. 1 pr., §. 1 D. pro suo 41, 10); L. 3 D. pro suo 41, 10 (Nerat. und Pompon.); L. 4 §. 1, 2 D. eod. (Pompon.). Vgl. noch L. 5 pr., §. 1 D. eod. (Nerat.).

12) L. 11 D. pro emt. 41, 4 (African.) vgl. mit L. 27 D. de usurp. 41, 3, L. 3, 5 pr., §. 1 D. pro suo 41, 10; L. 5 D. pro legato 41, 8 (Iavolen.) und L. 9 D. eod. (Hermogenian.) vgl. mit L. 4 §. 2 D. pro suo 41, 10; L. 33 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Iulian.) verb. Hoc amplius rel.; L. 48 fin. D. eod. (Paul.) verb. nec pro soluto rel. vgl. mit L. 3 D. pro suo 41, 10; L. 2 §. 9 D. pro emt. 41, 4 (Paul.). — Vgl. auch Stintzing, Bona fides S. 99 f.

und natürlich der ganze Begriff für unſere Zwecke als völlig unbrauchbar erſcheinen. [13])

Andere Juriſten indeſſen, und es ſcheint die herrſchende Auffaſſung geweſen zu ſein, ſchloſſen den zwar unredlichen Eigenthumsbeſitz, der aber wenigſtens auf einem wirklichen Titel beruht, von dem Gebiete der pro possessore possessio aus. [14]). Sie ſchränkten dieſe alſo auf diejenigen Fälle unredlichen Eigenthumsbeſitzes ein, in denen der Beſitzer nicht blos weiß, daß er nicht Eigenthümer iſt, ſondern auch nicht einmal einen Titel ſeines Beſitzes anzuführen und nachzuweiſen vermag. [15])

13) L. 33 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Iulian.): si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore. Vgl. L. 13 §. 8 D. de H. P. 5, 3 (Ulp.): Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo hereditatem, quidam putant. Der nämlichen Anſicht ſcheint nach L. 110 D. de cond. 35, 1 vbb. mit L. 20 §. 1 D. de statul. 40, 7 Pomponius geweſen zu ſein. Denn, wenn er auch, wie aus L. 110 cit. erhellt, die in L. 20 §. 1 cit. enthaltene Anſicht des Julian und Paulus nicht theilte, daß der unter der Bedingung, einem dritten eine gewiſſe Summe zu geben, für frei erklärte statuliber zur Veräußerung dieſes Geldes an den dritten, ſelbſt gegen den Willen der Erben befugt ſei: ſo konnte er doch dem dritten, der das Geld von dem statuliber zur Erfüllung der Bedingung erhält, ſchwerlich das Daſein eines Titels, ſondern höchſtens, ſofern derſelbe das Verbot der Erben kannte, die bona fides abſprechen. Hingegen wird man aus fr. Vat. §. 1 nicht ableiten dürfen, daß auch Labeo denſelben Sprachgebrauch getheilt; denn die Stelle zeigt deutlich genug, daß eben gerade darüber zwiſchen Labeo einerſeits und Proculus und Celſus andererſeits eine Meinungsverſchiedenheit beſtand, ob der Kauf einer res mancipi von einer Frauensperſon ohne tutoris auctoritas als Beſitztitel angeſehen werden könne oder nicht. S. unten Nr. 26.

14) L. 2 §. 1 D. pro emt 41, 4 (Paul. l. LIV. ad Edict.): Separata est causa possessionis et usucapionis; nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide, quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat. L. 13 §. 8 D. de H. P. 5, 3, wo Ulpian unmittelbar hinter den in der vorigen Anmerkung mitgetheilten Worten fortfährt: Quam sententiam non puto veram; nemo enim praedo est, qui pretium numeravit, sed ut emtor hereditatis utili tenetur.

15) Gai. IV, 144: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad

Geht man von diesem Sprachgebrauch aus, so wird man folgern dürfen, daß überall da, wo ein Anhänger desselben bei vorhandener mala fides von einer pro possessore possessio redet, ein verus titulus fehlt. Daraus ergibt sich dann aber von selbst der weitere Schluß, daß, wenn in Fällen von übrigens gleicher Beschaffenheit bei vorhandener bona fides eine

---

se non pertinere possidet. Vgl. §. 3 I. de interdict. 4, 15. L. 11 §. 1 — L. 13 pr. D. de H. P. 5, 3 (Ulp.): Pro possessore possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: „quia possideo", nec contendet se heredem, vel per mendacium (d. h. „oder lügnerischer, d. i. wissentlich falscher, Weise"), nec ullam causam possessionis possit dicere. Vgl. L. 13 §. 1, L. 16 §. 4, L. 25 §. 3 D eod., L. 1 §. 9 D. si quis om. 29, 4, L. 16 D. de acq. poss. 41, 2, sämmtlich von Ulpian. — Dahin gehört auch der Fall, wo jemand eine Sache aus einem Kauf oder sonst zu fordern hat, sie aber, ohne die Uebergabe abzuwarten, eigenmächtig in Besitz nimmt; denn auch hier fehlt es dem wirklich erworbenen Besitz an einem Titel: L. 5 D. de acq. poss. 41, 2 (Paul.). Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 108 a. E — Vgl. noch Arndts, Beiträge zu verschied. Lehren des Civilrechts und Civilprocesses (1837) S. 46 f., Francke, Commentar über den Pandektentitel de H. P. Abth. I. (1864) S. 140 ff., Unterholzner, Verjährungsl. I. S. 342 ff und die Noten von Schirmer daselbst. — Der Sprachgebrauch, der nur bei Mangel der bona fides und des Titels von pro possessore possessio redete, ist im Text als der allem Anscheine nach herrschende bezeichnet worden. Mir dünkt, daß dieser Schluß durch die angeführten Stellen zur Genüge gerechtfertigt wird. Noch mehr aber muß man dazu gelangen, wenn man mit Voigt, Cond. ob. caus. S. 195, Note 109 annimmt, daß nach fr. Vat. §. 1 auch schon Proculus und Celsus den gleichen Sprachgebrauch befolgt. Und jedenfalls dürfte im Hinblick auf die erwähnten Stellen so viel außer Zweifel stehen, daß er der Sprachgebrauch der spätern klassischen Juristen, insbesondere des Paulus und Ulpian, gewesen. Voigt a. a. O. meint freilich gerade im Gegentheil, diese „verwirrende Terminologie", wie er sie nennt, habe keine Reception in der römischen Jurisprudenz gefunden. Noch bedenklicher ist die Definition, welche Voigt S. 195 von der pro possessore possessio gibt. Sie soll nämlich nach dieser Definition vorhanden sein, wenn einer der beiden zur Usucapion erforderlichen Momente: entweder die causa possessionis oder die bona fides mangele. Mir ist es aber nicht gelungen, eine einzige Stelle zu finden, die bei vorhandener bona fides, wenn auch fehlendem Titel, von einer pro possessore possessio spräche.

Ersitzung zugelassen wird, dieses nur auf Grund eines putativen Titels geschehen kann.

7. Als Vertreter der strengern Richtung erscheint nach den auf uns gekommenen Resten der klassischen römischen Rechtsliteratur vornehmlich Celsus, von dem Ulpian im 31. Buch ad Sabinum (L. 27 D. de usurp. 41, 3) folgendes berichtet:

> Celsus libro XXXIV. errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

Hieraus geht sofort soviel hervor, daß vom Gebiete des verus titulus jedenfalls diejenigen Fälle auszuschließen sind, wo das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen jemand eine Sache erworben zu haben glaubt, selbst thatsächlich blos in seiner irrigen Meinung besteht, in Wahrheit aber überhaupt gar nicht vorgekommen ist, Fälle also, wie in L. 11 D. pro emt. 41, 4 (si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit) und L. 5 D. pro suo 41, 10 (si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem). Dies wird denn auch, mit Ausnahme Stintzing's, allgemein anerkannt.

Um aber dem eigentlichen Wesen des Titels noch näher zu kommen, ist es nothwendig, zuvörderst die verschiedenen Titel einzeln zu betrachten und dann erst zu versuchen, ob es gelingt, daraus vielleicht gewisse gemeinsame und allgemeine Merkmale abzuleiten. Ich beginne mit dem in den Quellen am häufigsten erwähnten titulus pro emtore.

I. Der titulus pro emtore.

8. Vor allem ist daran zu erinnern, daß die usucapio pro emtore im klassischen Recht eben so oft und öfter dazu

diente, blos bonitariſches Eigenthum in quiritariſches zu verwandeln (bei Kauf und bloſer Tradition einer res mancipi), als einen Nichteigenthümer zum Eigenthümer zu machen, während freilich im Juſtinianiſchen Rechte nur noch die zweite dieſer Functionen übrig geblieben iſt.

Im übrigen gilt zunächſt natürlich auch hier, was vorhin ſchon allgemein für alle Titel ausgeſprochen wurde, daß ein verus titulus pro emtore nicht vorhanden und folglich nach der ſtrengern Anſicht eine usucapio nicht möglich iſt, wenn jemand nur irrthümlich glaubt, eine Sache gekauft zu haben, während in Wirklichkeit ein Kauf gar nicht ſtattgefunden hat.[16])

Als bloſe Folgerungen daraus erſcheinen die in L. 2 §. 6, 7 D. pro emtore 41, 4 (aus Paul. l. LIV. ad Edict.) enthaltenen Entſcheidungen.

1) L. 2 §. 6 cit. lautet folgendermaßen:

Quum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum, quia id quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. Sed si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

Hierher gehört zunächſt der erſte Theil der Stelle. Allerdings meint Stintzing (S. 91), der Entſcheidungsgrund ſei nicht ſowohl in dem Mangel des Titels, als vielmehr darin zu ſuchen, daß nach L. 34 pr. D. de acq. poss. 41, 2 (Ulp.) der Dama gar nicht in den Beſitz des Käufers gekommen. Allein jener Entſcheidungsgrund wird ſo beſtimmt und un-

16) Vgl. noch L. 11 D. pro emt. 41, 4 (African.): vulgo traditum est (es war alſo damals die herrſchende Anſicht), eum qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere. L. 2 pr. D. eod. (Paul): Pro emtore possidet, qui re vera emit, nec sufficit, tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. L 48 D. de usurp. 41, 3 (Paul.), L. 3 D. pro legato 41, 8 (Papinian.), §. 11 I. de usuc. 2, 6.

zweideutig von Paulus angegeben, daß wir schwerlich berechtigt sind, dafür ohne weiteres einen ganz andern unterzuschieben. Es kommt hinzu, daß der von Ulpian in L. 34 pr. cit. besprochene Fall von dem in L. 2 §. 6 cit. behandelten doch noch erheblich verschieden ist, und überdies kann auf einem auch unter den römischen Juristen so streitvollen Gebiete, wie es offenbar die Lehre vom Besitze gewesen, gar füglich ein Zweifel bestehen, ob Paulus und der von ihm genannte Priscus die von Ulpian in L. 34 pr. cit. entwickelte Ansicht theilte.

Stintzing glaubt indessen, durch den zweiten Theil der Stelle seien wir zu seiner Annahme genöthigt. Denn, sagt er, der von Paulus angeführte Entscheidungsgrund würde eben so gut auch hier passen, da die „ampliores fines“ nicht gekauft seien, sondern das Grundstück in seinem wirklichen Umfange. Werde nun trotzdem die Usucapion gestattet, so könne eben jener Grund nicht für ausreichend gelten.

Allein aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle erhellt, daß die Entscheidung im zweiten Theil uns keinesfalls bestimmen darf anzunehmen, dem Paulus und seinem Gewährsmann Priscus habe im ersten Theil eigentlich ein anderer als der ausdrücklich genannte Entscheidungsgrund vorgeschwebt. Denn schon durch die Einleitung des zweiten Theils mit „Sed si“ deutet Paulus an, daß er jetzt einen Fall vortragen wolle, in welchem zwar auch etwas nicht gekauft sei, aber dennoch ersessen werde, weil dem im ersten Theil erwähnten Entscheidungsgrund ein stärkerer Gegengrund in den Weg trete.

Der Gedankengang des Paulus in diesem zweiten Theil der Stelle ist nämlich dieser:

Ein bestimmtes Grundstück erscheint nur durch die menschliche Willkür und Vorstellung als eine Sacheinheit, ist aber gleichwohl, so lange dieser Wille und diese Vorstellung besteht, lediglich als eine einheitliche Sache zu behandeln. Zwar ist die Möglichkeit vorhanden, durch bloße Aenderung jenes Willens und jener Vorstellung es in eine Mehrheit von Sachen zu zerlegen, oder umgekehrt es unter Aufhebung seiner Selbständigkeit zu einem bloßen Bestandtheil eines größern Grundstückes zu machen; allein eine ähnliche Zerlegung und Einverleibung,

wenn auch nicht gerade durch bloſen Geiſtes- und Willensact, kann ja auch bei beweglichen Sachen vorkommen. So lange ſie nicht geſchehen, iſt am Grundſtücke, wie an der beweglichen Sache nur ein einheitliches Eigenthum und ein einheitlicher Beſitz anzunehmen. Man hat m. a. W. nicht beſonderes Eigenthum und beſondern Beſitz an jedem einzelnen Stücke, ſondern es iſt Ein Eigenthum, Ein Beſitz, welcher alle einzelnen Stücke gleichmäßig umfaßt. [17])

Wer nun ein Grundſtück kauft und es irrthümlich für ausgedehnter hält, als es wirklich iſt, der ſtellt ſich, ſo folgert Paulus aus jenen durchaus richtigen Vorderſätzen, das von dieſen irrig angenommenen Grenzen umſchloſſene Land als eine Einheit vor. Auf dieſe richtet er daher auch einen einheitlichen Beſitzwillen. Man kann nicht ſagen, daß er erſtens das Grundſtück innerhalb ſeiner wirklichen Grenzen, die es beim Verkäufer hatte, und zweitens das irrthümlich dazu gerechnete Stück Land beſitzen wolle und beſitze, ſondern das Ganze, die universitas fundi, wie ſie in der Vorſtellung des Käufers als eine Einheit erſcheint, ſteht in einem einheitlichen Beſitze. Iſt aber hier nur ein einheitlicher Beſitz vorhanden, ſo kann auch die Frage nach der Uſucapion nur für das ganze Grundſtück mit den vom Käufer angenommenen Grenzen erhoben werden. Es iſt alſo blos eines von zweien denkbar. Entweder erfolgt die Uſucapion für das ganze Grundſtück, oder jede Uſucapion unterbleibt. Nun hat der Käufer das Grundſtück in der Hauptſache, den fundus ſelbſt, wirklich gekauft und iſt daher in der Lage, ihn pro emtore zu uſucapiren. Daraus folgt denn

---

17) Einheitliche Sache, einheitliches Eigenthum und einheitlicher Beſitz gehen meines Erachtens immer Hand in Hand, und darin erblicke ich den eigentlichen Grund, weßhalb der Beſitzer eines Ganzen eben nur dieſes beſitzt und nicht an allen einzelnen Beſtandtheilen einen beſondern Beſitz hat, was freilich an dieſem Orte nicht weiter ausgeführt werden kann. Vgl. Brinz, Pandekten §. 51 (S. 178, 180 f.) — Uebrigens wird mir hier niemand die Möglichkeit eines Miteigenthums oder Mitbeſitzes mehrerer an derſelben einheitlichen Sache entgegenhalten wollen; denn es verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſes unter einen ganz verſchiedenen Geſichtspunkt fällt.

nach jenen Vordersätzen, daß er das irrthümlich dazu gerechnete, im Kaufe nicht begriffene Stück mitusucapiren muß, obwohl dieses, falls man es als eine selbständige Sache betrachten und daran also einen selbständigen Besitz und eine selbstständige Ersitzung annehmen dürfte, wegen mangelnden Titels nicht hätte usucapirt werden können.

So ist ganz unzweifelhaft die Schlußfolgerung des Paulus,[18]) deren Triftigkeit dieser übrigens selbst verantworten mag. Mir scheint daraus, daß an dem ganzen Grundstücke, wie es sich der Käufer als eine Einheit vorstellt, nur ein einheitlicher Besitz anzunehmen ist, noch gar nicht ohne weiteres zu folgen, daß nun auch das nicht mitgekaufte und nur irrthümlich dazu geschlagene Stück mitusucapirt werden müßte. Eine Bestätigung dafür finde ich in L. 43 pr. D. de acq. poss. 41, 2 (Marcian.) und L. 4 pr. D. pro emt. 41, 4 (Iavolen.). Danach usucapirt nämlich der Käufer eines Grundstückes, von dem er weiß, daß ein bestimmter, ihm bekannter Fleck nicht dem Verkäufer gehört, das Grundstück blos mit Ausnahme dieses Fleckes, wiewohl doch gewiß auch hier der Käufer auf das ganze Grundstück nur einen einheitlichen Besitzwillen richtet, und daher auch nur ein einheitlicher Besitz am ganzen Grundstück angenommen werden kann. Daß hier der Mangel des guten Glaubens, dort der des Titels das Hinderniß der Ersitzung bildet, vermag doch füglich eine verschiedene Behandlung nicht zu rechtfertigen.

2) Einfacher und minder bestritten ist L. 2 §. 7 pro emt., bei welcher daher die bloße Mittheilung genügen wird.

Eius bona emisti, apud quem mancipia deposita erant: Trebatius ait, usu te non capturum, quia emta non sint.

18) Vgl. auch L. 7 §. 1 D. pro emt. 41, 4 (Iulian.). — Wenn Böcking, Pand. II. §. 146 bei Note 44 unter Billigung Schirmer's in Unterholzner's Verjährungsl. I. Note 362 — s. auch Unterholzner selbst im Texte zu dieser Note — den Grund der Entscheidung darin erblickt, daß der Titel, aus welchem man ein Ganzes besitze, von selbst auf das als dazu gehörige integrirende Theile in Besitz genommene sich erstrecke: so kann ich dem nicht beistimmen. Ein wirklicher titulus pro emtore ist immer nur für das vorhanden, was wirklich gekauft ist.

Dem Käufer ähnlich ist derjenige, der für eine Sache die litis aestimatio bezahlt hat.[19]) Es wird sogar von ihm geradezu gesagt, daß er pro emtore besitze.[20]) Aber auch hier wird von Ulpian in L. 27 fin. D. de usurp. 41, 3 (S. 12) zur Usucapion erfordert, daß die litis aestimatio wirklich geleistet sei und nicht blos nach der irrthümlichen Meinung des Besitzers.

9. Wenn es nun einerseits feststeht, daß bei bloser irrthümlicher Annahme selbst des thatsächlichen Daseins eines Kaufes ein verus titulus pro emtore mangelt, so ist auf der andern Seite nicht minder gewiß, daß ein solcher Titel dann vorhanden ist, wenn ein vollgültiger Kauf mit daraufhin erfolgter ebenfalls vollgültiger Tradition vorliegt und der Grund, weßhalb es noch einer Usucapion bedarf, einzig darin besteht, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer, noch auch sonst (als Pfandgläubiger, Vormund, Bevollmächtigter u. dgl.) zur Veräußerung der Sache mittels Verkaufes befugt war; oder gar nur darin, daß bei einer res mancipi der formelle Uebertragungsact (mancipatio oder in iure cessio) nicht angewendet worden, wie er bei dergleichen Sachen zur Verschaffung vollen quiritarischen Eigenthums erforderlich war. Auch dieser Satz ist so allgemein anerkannt und unzweifelhaft, daß ich mich der Anführung besonderer Belege enthalten kann.

Zum verus titulus pro emtore gehört übrigens ein völlig perfecter Kauf. Ist daher der Kauf unter einer Bedingung geschlossen, die Uebergabe aber während noch schwebender Bedingung geschehen, so ist ein verus titulus pro emtore nicht früher vorhanden, als bis die Bedingung erfüllt ist. Folglich kann auch nicht früher die usucapio pro emtore beginnen, selbst dann nicht, wenn etwa der Käufer den Eintritt der Bedingung schon vorher irrthümlich sollte angenommen haben.[21]) Eine besondere Anwendung ist, daß venditionis

19) L. 3 D. pro emt. 41, 4, L. 7 §. 1 D. de Publ. act. 6, 2, L. 21 §. 2 fin. D. de evict. 21, 2, L. 22 pr D. de act. rer. amot. 25, 2 u. a.

20) L. 1 D. pro emt. 41, 4 (Gaius): Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.

21) L. 2 § 2 D. pro emt. 41, 4 (Paul l. LIV. ad Ed.): Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non

causa äſtimirte Sachen, die dem künftigen Ehemanne ſchon vor der Ehe zur dos übergeben worden, vor wirklichem Abſchluſſe der Ehe nicht uſucapirt werden können.[22])

Durch eine Reſolutivbedingung dagegen wird der Anfang der Uſucapion nicht hinausgeſchoben, eben ſo wenig, als die Perfection des Kaufes ſelbſt.[23])

10. Im Zuſammenhange mit dem bedingten Kaufe pflegt man die Frage zu erörtern, ob zur usucapio pro emtore auch erfordert werde, daß der Verkäufer wegen des Kaufgeldes bereits durch Zahlung oder ſonſtwie zufriedengeſtellt, oder daß es dem Käufer geſtundet ſei. Die Meinungen darüber ſind ſehr getheilt. Während von den einen die Frage verneint wird, hauptſächlich in Rückſicht auf L. 8 D. de Publ. act. 6, 2, wonach die Zahlung des Kaufpreiſes zur Begründung der Publiciana nicht nöthig,[24]) weiſen die andern darauf hin, daß man die Analogie zwiſchen der Publiciana und der Erſitzung nicht zu weit treiben dürfe. Wie wenig beides immer unbedingt zuſammengehe, erhelle z. B. daraus, daß nach L. 11 §. 2, L. 12 §. 1, L. 15 D. eod. die Publiciana mitunter ſtattfinde, ohne daß der Kläger ſelbſt nur den Beſitz der Sache ſchon gehabt. Man ſei alſo, um die Frage für die Erſitzung zu entſcheiden, vor allen Dingen auf die allgemeinen Grundſätze der usucapio hingewieſen. Von dieſem Standpunkt aus ſei aber die Frage entſchieden zu bejahen.[25])

---

capit; idemque est, et si putet conditionem extitisse, quae nondum extitit; similis est enim ei qui putat se emisse. Vgl. §. 3, 4 h. l. (Sabin., Iulian., Paul.), L. 8. pr. D. de peric. et comm. 18, 6 (Paul.), L. 4 pr. D. de in diem add. 18, 2 (Pompon., Ulpian.). Unterholzner, Verjährungsl. I. S. 379.

22) L. 2 D. pro dote 41, 9 und fr. Vat. §. 111 (Paul.), vgl. L. 10 §. 4, 5 D. de iure dot. 23, 3 (Ulpian.). Unterholzner I. S. 384 f.

23) L. 2 §. 3—5 D. pro emt. 41, 4 (Iulian., Paul.), L. 2 §. 1 D. de in diem add. 18, 2 (Iulian., Ulp.). Unterholzner I. S. 379.

24) S. beſ. Stintzing S. 110 ff., Scheurl S. 65 f., Exner, Tradition S. 365 ff.

25) Es iſt die herrſchende Anſicht. S. Unterholzner I. S. 379 f. und Schirmer in der Anmerkung auf S. 380 daſelbſt, Böcking,

Es ist nach Beschaffenheit unserer Quellen nicht leicht, zu einer bestimmten Entscheidung zu gelangen.

Jedenfalls muß zugegeben werden, daß sich diese Entscheidung nicht, wie Unterholzner meint, ohne weiteres schon aus der Behandlung bedingter Käufe hernehmen läßt. Es geht in keiner Weise an, die Zahlung des Kaufpreises als gesetzliches Erforderniß des Eigenthumsüberganges auf den Käufer mit einer dem Kaufe zugefügten Bedingung zusammenzustellen und wie eine Art von stillschweigender Bedingung beim Kaufe zu betrachten. Denn erstens geräth durch dieses Erforderniß der Kauf selbst und seine Perfection nicht in die Schwebe, und zweitens stammt es aus den XII Tafeln, bestand also längst, bevor überhaupt nur bedingte Käufe für statthaft gehalten wurden: ein doppelter Beweis, ein systematischer und ein geschichtlicher, daß es mit wahren Bedingungen, unter denen der Kauf geschehen, ganz und gar nichts zu thun hat.[26])

Eben so wenig kann man sich ohne weiteres dabei beruhigen, daß es dem Käufer vor Zahlung des Kaufpreises oder sonstiger Zufriedenstellung des Verkäufers an dem zur Ersitzung erforderlichen guten Glauben gebreche. Denn es wird immer allgemeiner anerkannt, daß dieser gute Glaube mit der Ueberzeugung, Eigenthümer zu sein, keineswegs unbedingt zusammenfalle. Ueberdies hören wir von Ulpian in L. 7

Pand. §. 147, Note 45, Vangerow, Pand. I. §. 320, Anm. 2 (7. Aufl. S. 597 f.), Windscheid, Pand. (1. und 2. Aufl.) §. 179, Note 1, Leist, Mancipation §. 26 (S. 118 ff.) u. A.

26) Vgl. in Ansehung des geschichtlichen Momentes: §. 41 I. de rer. div. 2, 1 und Gai. III, 146 in f.: „iam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint.“ Man könnte vielleicht geneigt sein, den von Gaius erwähnten Zweifel blos auf die Frage zu beziehen, ob ein Vertrag von der Art möglich sei, daß eine Sache je nach dem Ausfall einer Bedingung entweder als verkauft oder als vermiethet erscheine. Allein sobald überhaupt Kauf- und Miethverträge unter Bedingungen geschlossen werden konnten: wie war dann noch ein Zweifel denkbar, daß man eine Sache unter einer gewissen Bedingung verkaufen und zugleich unter der entgegengesetzten Bedingung vermiethen könne? — Gegen die im Texte bekämpfte Schlußfolgerung Unterholzner's erklärt sich auch Exner, Tradition S. 368, Anm. 59.

§. 11 D. de Publ. act. 6, 2, daß zur Publiciana nicht jeder Käufer gelange, sondern nur „qui bona fide emit", und nach seinem Berichte hätte dies der Prätor sogar ganz ausdrücklich mit diesen Worten ausgesprochen. Wenn trotz dem Gaius in L. 8 D. eod. von dem Erfordernisse der Zahlung des Kaufpreises für die Publiciana Abstand nehmen will, weil davon im Edicte nichts gesagt sei und sich daher annehmen lasse, daß dieses Erforderniß auch nicht im Sinn und der Meinung des Prätors gelegen: so scheint daraus hervorzugehen, daß schon von den römischen Juristen die bona fides als etwas von der Frage nach der Befriedigung des Verkäufers ganz und gar unabhängiges angesehen worden. Und noch mehr. In L. 7 §. 17 D. eod. wird von Ulpian entwickelt, daß zur Publiciana, wie zur Usucapion, bona fides des Käufers in zwei verschiedenen Zeitpunkten gehöre: zur Zeit des Kaufes und zur Zeit der Uebergabe. Wenn dem nun L. 8 so angefügt wird: „De pretio vero soluto nihil exprimitur": so ist schon nach ganz äußerlichen, sprachlichen Rücksichten der Schluß nicht abzuweisen, daß mindestens nach Ansicht der Compilatoren die Zahlung oder Nichtzahlung des Kaufpreises mit dem Erfordernisse der bona fides des Käufers, gleichviel, an welchen jener beiden Zeitpunkte man denken mag, überall nichts zu schaffen hat. Ich kann damit diesen Punkt einstweilen verlassen und muß dieses um so mehr, als eine eingehendere Erörterung desselben auf ein Gebiet, die Frage nach dem Wesen der bona fides, hinführen würde, das hier noch nicht betreten werden kann. [27])

11. Wenn man einräumen muß, daß die bisher besprochenen Gründe für die herrschende Ansicht nichts beweisen, so läßt sich auf der andern Seite nicht verkennen, daß die gegentheilige Ansicht, welche in der Nichtzahlung des Kaufpreises kein Hinderniß der Ersitzung erblickt, die Analogie der Publiciana mit gutem Fug als eine sehr kräftige Stütze benutzen kann. Denn mag auch die Publiciana mit der Usucapion nicht gerade überall Hand in Hand gehen, so ist doch die

27) Vgl. übrigens auch Exner, Tradition S. 360 ff.

durchgängige und regelmäßige Uebereinstimmung gar nicht zu bestreiten. Und dieses um so viel weniger, wenn man sich erinnert, daß nach Gai. IV, 36 die Formel der Publiciana auf die Fiction der vollendeten Usucapion gestellt war. Und betrachten wir nur die von Gaius überlieferte Formel selbst. Sie lautet bekanntlich so:

Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret (? ob pareret?) et rel.

Hienach soll also der iudex annehmen, der Kläger habe den gekauften und in Folge des Kaufes ihm übergebenen Sklaven bereits ein Jahr lang im Besitze gehabt, und nur, falls unter dieser Voraussetzung (wohl gemerkt, es ist die einzige, die fingirt werden soll!) der Sklave vom Kläger usucapirt sein würde, so soll letzterer den Sieg erhalten. Gesetzt nun, zur Usucapion auf Grund Kaufes wäre die erfolgte Zahlung des Kaufpreises erfordert worden: wie konnte dann, so darf man wohl fragen, Gaius dieser Formelfassung gegenüber überhaupt zu der Meinung gelangen, daß für die Publiciana auf die geschehene Zahlung des Kaufpreises nichts ankomme? Denn hätte dann nicht der Kläger, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt, gemäß jener Formel stets abgewiesen werden müssen? oder auf welche Weise hätte der iudex sagen können, daß ein solcher Kläger bei Unterstellung der gehörigen Besitzbauer vermöge Usucapion als quiritarischer Eigenthümer zu erachten? [28])

Endlich scheint sich für die von der Zahlung des Kaufpreises absehende Ansicht auch aus L. 2 §. 3 D. pro emt. 41, 4 noch etwas gewinnen zu lassen. Der Wortlaut dieser Stelle ist folgender:

Paul. l. LIV. ad Edictum: Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia.

---

28) Vgl. auch Exner, Tradition S. 368 a. E.

Sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

Es wird hier von der bekannten Streitfrage der römiſchen Juriſten geſprochen, ob der Kauf mit lex commissoria ein ſuspenſiv oder reſolutiv bedingtes Geſchäft ſei.[28] Sabinus meinte das erſte und folgerte daraus, daß die Uſucapion erſt nach voller Abtragung des Kaufpreiſes anfangen könne. Paulus dagegen hält auch die Annahme einer Reſolutivbedingung für möglich, und in dieſem Fall läßt er, wie der ganze Zuſammenhang und §. 4 h. l. lehrt, die Uſucapion ſogleich mit der Uebergabe der Sache beginnen. So weit liegt in der Stelle nichts auffallendes. Allein von Sabinus wird es offenbar als etwas beſonderes betont, daß beim Kaufe mit lex commissoria, dieſe als Suspenſivbedingung angeſehen, die Uſucapion erſt von vollſtändiger Abzahlung des Kaufpreiſes an laufe. Wie iſt dies zu erklären, geſetzt daß das nämliche auch ſchon bei jedem gewöhnlichen Kaufe gegolten? und beweiſt alſo die Aeußerung des Sabinus nicht, daß es bei gewöhnlichen Käufen nicht gegolten haben könne? Noch viel mehr aber ſcheint man ſich auf die Entſcheidung des Paulus bei Auffaſſung des Geſchäftes als eines reſolutiv bedingten berufen zu dürfen. Denn, wenn bei dieſer Auffaſſung Paulus die Uſucapion ſofort mit der Uebergabe der Sache anfangen läßt, ohne erſt die Zahlung des Kaufpreiſes abzuwarten: iſt damit nicht geradezu der Beweis geliefert, daß es ihrer zum Beginn der Erſitzung nicht bedürfe?

12. Ich unterſchätze gewiß die Bedeutung dieſer Gründe nicht. Dem ungeachtet aber glaube ich, daß, alles wohl erwogen, die entgegengeſetzte herrſchende Anſicht, wenigſtens für das klaſſiſche römiſche Recht, den Vorzug verdient.

Denn, was zunächſt die L. 2 §. 3 cit. anlangt, ſo iſt, wie mir dünkt, die Beweiskraft dieſer Stelle für unſere Frage nur eine blos ſcheinbare; und zwar um deßwillen, weil wer den Abſchluß des Kaufes oder deſſen dauernden Beſtand von

---

29) Vgl. L. 1 D. de lege comm. 18, 3 und meine Abhandlung in Goldſchmidt's Zeitſchr. f. Handelsrecht II. S. 262 f.

Zahlung des Preises bis zu einem bestimmten Zeitpunkte (intra diem certum) abhängig macht, das Kaufgeld damit jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkte stundet, weßwegen er es auch vorher nicht einklagen kann.[30])

Sodann wird in L. 38 §. 2 D. de lib. causa 40, 12 ganz bestimmt gesagt, daß eine gekaufte und dem Käufer tradirte res mancipi nicht früher in sein bonitarisches Eigenthum kommt, als bis er den Kaufpreis gezahlt oder den Verkäufer anderweit zufrieden gestellt hat.

Paul. l. XV. Resp.: Quaesitum est, an emtor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto. Paulus respondit, servum, quem venditor emtori tradidit, si ei pro pretio satisfactum est, et nondum pretio soluto in bonis emtoris esse coepisse.

Es folgt daraus, daß auch die Usucapion (zur Verwandlung des bonitarischen in quiritarisches Eigenthum) nicht vor der Zufriedenstellung des Verkäufers anfangen kann. Sollte sie nun früher beginnen können, wenn sie nicht wegen eines bloßen Mangels in der Uebertragungsform, sondern wegen des viel gröbern Mangels am Eigenthum des Verkäufers erforderlich ist? oder gar (denn auch zu dieser Folge müßte man im Hinblick auf Gai. II., 43 gelangen) wenn zu der mangelhaften Uebertragungsform auch noch ein solcher materieller Mangel hinzukommt? Das wäre doch offenbar widersinnig. Daß aber etwa, wie Exner, Tradition S. 368 meint, die Usucapion einer dem wirklichen Eigenthümer abgekauften und blos tradirten res mancipi eher hätte anfangen können, als

30) L. 4 §. 2, L. 7 D. de L. comm. 18, 3. Man könnte freilich meinen, diese Stellen sprächen nur von der Wahl zwischen Ausübung der lex commissoria und Klage auf den Kaufpreis. Es sind aber überhaupt die beiden einzigen Stellen, die von der Klage auf den Preis bei einem Kaufe mit lex commissoria handeln, und man darf daher allerdings aus ihnen folgern, daß diese Klage, gleich der Ausübung der lex commissoria, erst nach Ablauf der gesetzten Frist statthaft sei. Dieser Schluß kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, als ihn allgemeine Erwägungen unterstützen, und als man vergeblich eine Stelle suchen wird, welche vor Ablauf jener Frist eine Klage auf den Kaufpreis gestattete.

das bonitarische Eigenthum des Käufers, ist ganz beweislos und widerspricht allem, was wir von der Bedeutung des bonitarischen Eigenthums wissen. Im Gegentheil wird man im allgemeinen den Grundsatz aufstellen dürfen, und die weitern Erörterungen werden dafür zur Bestätigung dienen, daß ein verus titulus pro emtore dann vorliege, und folglich erst dann die usucapio pro emtore beginnen könne, wenn alles vorhanden ist, was an äußern Thatsachen dazu gehört, um unter Voraussetzung des Eigenthums beim Verkäufer den Käufer einer res mancipi zum bonitarischen Eigenthümer derselben zu machen.[31])

Darf schon hiedurch als bewiesen gelten, daß nach klassischem Rechte die Zahlung des Kaufpreises oder sonstige Zufriedenstellung des Verkäufers zur usucapio pro emtore erforderlich war: so finde ich dafür auch noch eine Unterstützung in der von den Gegnern als hauptsächlichstes Beweismittel angeführten L. 8 D. de Publ. act. 6, 2 selbst. Um dieses zu rechtfertigen, muß ich aber vor allen Dingen die Stelle wörtlich mittheilen. Sie lautet so:

> Gaius l. VII. ad Ed. provinc.: De pretio vero soluto nihil exprimitur, unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Man sieht, der Jurist drückt sich nur sehr schüchtern und zweifelnd aus und baut seine „Vermuthung" (als etwas mehr stellt er seine Meinung selbst nicht hin) rein und blos auf die Wortfassung des prätorischen Edictes ohne Zufügung irgend welches innern Grundes. Setzt man, es wäre schon zur Usucapion die Zahlung des Kaufpreises nicht erfordert worden, so wird dieses alles völlig unerklärlich. Denn wie hätte dann Gaius überhaupt zu dem Zweifel gelangen können, ob nicht vielleicht zur Publiciana die geschehene Zahlung des Kauf-

31) Den in der L. 38 §. 2 cit. liegenden Beweisgrund hat besonders Leist, Mancipation S. 120 ff. hervorgehoben. Leist zieht auch noch fr. Vat. § 1 hierher, worauf ich indessen eben so wenig, als auf die von ihm gleichfalls angeführte L. 12 §. 7, 8 D. de captiv. 49, 15, ein Gewicht legen möchte.

preises als nothwendig zu erachten? Und wie hätte es ihm vollends beifallen können, sich zur Beseitigung dieses Zweifels blos darauf zu berufen, daß das Edict von einem solchen Erfordernisse schweige, und daß man daher muthmaßen könne, es sei auch wohl die Meinung des Prätors nicht auf dieses Erforderniß gegangen? Hätten ihm doch viel schlagendere und näher liegende Gründe zu Gebote gestanden.

Eine ganz andere Gestalt gewinnt die Sache, so bald man annimmt, daß zur Usucapion die geschehene Zahlung des Preises erforderlich war. Jetzt erscheint das Verfahren des Gaius eben so begreiflich und verständlich, als es bei der gegentheiligen Annahme unbegreiflich erscheinen muß. Gaius fand, daß man in der Theorie der Publiciana, trotz aller regelmäßigen und grundsätzlichen Uebereinstimmung mit der Theorie der usucapio, doch hie und da aus praktischen Rücksichten von dieser abgegangen war. Es durfte danach wohl die Frage entstehen, ob eine solche Abweichung nicht auch in Ansehung der Zahlung des Kaufpreises zu rechtfertigen. Praktische Erwägungen sehr gewichtiger Art ließen sich dafür geltend machen. Der Satz der XII Tafeln, daß das Eigenthum einer verkauften Sache erst nach erfolgter Zahlung des Preises auf den Käufer übergehe, war zur Sicherung und blos zur Sicherung des Verkäufers eingeführt. Daher war es zwar geboten, auch die Usucapion der Sache nicht vor der Abzahlung des Preises beginnen zu lassen, weil ja sonst der Verkäufer, gegen den die Ersitzung eben so gut, wie gegen jeden andern, wirkte, auf diesem Wege nach Ablauf der kurzen Ersitzungsfrist jene Sicherung eingebüßt, und also der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz eine sehr erhebliche Schmälerung erlitten haben würde. Dagegen ließ sich keinerlei praktischer Grund ausfindig machen, vielmehr sprach vom praktischen Standpunkt alles dawider, auch die Klage des Käufers auf Rückgabe des verlorenen Besitzes der Sache an das Erforderniß der bereits geschehenen Zahlung des Kaufpreises zu binden. Denn diese Klage (ich meine natürlich die Publiciana) wirkte überhaupt nur gegen den schlechtern Besitzer. Namentlich hatte ihr gegenüber der Verkäufer einen besondern Schutz durch Aufstellung jenes Er-

forderniſſes nicht nöthig, da er unter allen Umſtänden aus ſeiner noch nicht erfolgten Befriedigung (oder, genauer geſprochen, aus der ihm ſeinerſeits gegen den Kläger zuſtehenden Forderung aus demſelben Kaufe, worauf ſich jener zur Begründung ſeiner Klage berief) eine exceptio doli hernehmen und damit, ähnlich wie mit der ſ. g. exc. non impleti contractus, den Kläger doch wieder zum Beweiſe der geleiſteten Befriedigung nöthigen konnte. Gedachtes Erforderniß wäre alſo nur dritten Beſitzern zu gute gekommen. Dieſe konnte es aber doch vernünftigerweiſe nichts angehen, ob und wie ſich der Kläger mit ſeinem Verkäufer wegen des Kaufgeldes abgefunden. Warum alſo durch Herübernahme dieſes Erforderniſſes von der usucapio dem Käufer auch gegen dritte Beſitzer die Rückerlangung der Sache erſchweren?

Es handelte ſich nur noch darum, für das, was ſo aus praktiſchen Rückſichten wünſchenswerth ſchien, auch theoretiſch irgend welchen Anhalt zu finden. Die Erfahrung lehrt, daß man in ſolchen Fällen geneigt iſt (und, wird jeder ſagen, der die Bedürfniſſe des Lebens höher ſtellt, als die Anforderungen der bloſen Theorie, mit Recht geneigt iſt), ſich ſchon mit einem ſchwachen Anhaltspunkte zu begnügen. Es darf alſo gar nicht Wunder nehmen, daß Gaius meinte, man könne ſich zu Gunſten des praktiſchen Bedürfniſſes allenfalls auf die Faſſung des prätoriſchen Edictes über die Publiciana berufen, und ſein Schweigen von dem Erforderniſſe geſchehener Zahlung des Preiſes dahin deuten, daß der Prätor dieſes Erforderniß nicht verlangen wolle. Betrachtete man es aber einmal als die in jenem Schweigen ausgeſprochene Willensmeinung des Prätors, von dem genannten Erforderniß abzuſehen: ſo war damit von ſelbſt geſagt, daß auch der iudex, ungeachtet der Formel, die ihn ihrem ſtrengen Wortlaute nach anwies zu prüfen, ob mit Ausnahme der zu fingirenden Erſitzungszeit ſämmtliche übrige Erforderniſſe der usucapio pro emtore vorhanden, — daß trotz dem auch der iudex im Hinblick auf jene Willensmeinung des Prätors von dem Erforderniſſe der Zahlung des Kaufpreiſes Abſtand zu nehmen habe. Denn der Sinn der Formel war aus dem Edicte zu erklären; die Formel

konnte also und mußte, wo ihr strenger Wortverstand über die im Edict ausgesprochene Meinung des Prätors hinausgeführt hätte, eine einschränkende Auslegung erhalten. Man darf dabei nicht vergessen, daß Gaius in einer Zeit lebte und schrieb, welche zu den processualischen Formeln bereits eine sehr freie Stellung einnahm.[32])

13. Ich habe die Gründe entwickelt, aus denen ich mich für das klassische Recht der herrschenden Ansicht anschließe, welche die geschehene Zahlung des Kaufpreises oder sonstige Zufriedenstellung des Verkäufers (worunter ich auch die Stundung des Kaufgeldes begreife) zur usucapio pro emtore für erforderlich hält. Anders aber liegt die Sache nach Justinianischem Rechte. Für dieses muß man, wie mir scheint, unbedingt und unbedenklich der gegentheiligen Ansicht beitreten. Und zwar aus folgenden Rücksichten.

Für's erste hat die L. 38 §. 2 D. de lib. causa 40, 12 im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung für unsere Frage gar keine Beweiskraft. Nachdem Justinian schon vor der Abfassung der Digesten durch L. un. C. de nudo iure quir. toll. 7, 25 [33]) den längst dem lebendigen Rechtsbewußtsein und Verständniß entfremdeten Unterschied des quiritarischen

---

32) Vgl. Dernburg, Die Compensation S. 234 ff.

33) Das Gesetz entbehrt der Subscription, ist aber, wie ein Hinblick auf L. un. pr. C. de usuc. transf. 7, 31 vom 18. Oktober 531 zeigt, jedenfalls vor diesem Tag erlassen, und eine Vergleichung seiner Inscription: Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P. mit derjenigen der L. 7 C. ad SC. Treb. 6, 49, L. 6 C. ad SC. Orph. 6, 57, L. 7 C. de bonis quae lib. 6, 61, L. 14, 15, 16 C. de fideic. lib. 7, 4, L. un. C. de dedit. lib. 7, 5, L. 1 u. 2 C. de comm. servo 7, 7, L. 1 u. 2 C. comm. de manum. 7, 15 u. a., sämmtlich vom Jahre 530, einerseits und mit derjenigen der L. 12 C. de suis et leg. 6, 55, L 7 C. ad SC. Tert. 6, 56, L. un. C. de lege Fus. 7, [illegible] u. a vom Jahr 528, der L. 5 C. ad SC. Orph. 6, 57, L. 11 C. comm. de succ. 6, 59, L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61 u. a. vom Jahr 529, endlich der L. 8 C. de bon. quae lib. 6, 61, L. un. C. de lat. lib. 7, 6, L. 3 C. comm. de manum. 7, 15, L. 18 C. ad. L. Falc. 7, 50, L. un. C. de usuc. transf. 7, 31 u. a. vom J. 531 andererseits läßt kaum einen Zweifel, daß unsere L. C. de nudo iure quir. 7, 25 dem Jahre 530 angehört.

und bonitarischen Eigenthums zum Ueberflusse noch ausdrücklich aufgehoben und den „dominus, apud quem tantummodo in bonis reperitur“ als „plenissimus et legitimus dominus“ zu behandeln ausdrücklich geboten, sagt L. 38 §. 2 cit. nichts weiter, als was so viele andere Stellen sagen, daß durch Kauf und Tradition das Eigenthum nicht früher übergeht, als bis der Verkäufer durch Zahlung oder auf andere Weise wegen des Kaufpreises zufrieden gestellt ist. Für die Ersitzung kann daraus nichts mehr entnommen werden. Und man bedenke doch auch nur, daß beim Rechtsunterrichte wie vor Gericht einzig die Justinianischen Rechtsbücher gebraucht werden durften und jede wissenschaftliche Bearbeitung derselben gleich jeder Benutzung älterer Quellen bei Strafe der Fälschung verboten war.[34]) Wie sollte da ein Jurist überhaupt nur die ursprüngliche Bedeutung des bonitarischen Eigenthums und seinen Zusammenhang mit der Usucapionslehre erfahren, wovon doch die Justinianische Gesetzgebung, für sich allein betrachtet, so gut wie gar nichts enthält? geschweige denn, daß es ihm Angesichts des Gebotes einer möglichst äußerlichen und mechanischen Anwendung der Gesetze hätte in den Sinn kommen dürfen, aus einer Stelle, die nicht einmal im Titel von den Usucapionen stand, in Rücksicht auf die ursprüngliche Bedeutung des in bonis esse etwas für die Ersitzung zu folgern.

Aber gerade, wenn er zufällig das ältere Recht und die Schriften der klassischen Juristen kannte, so konnte ihm dieses am allerwenigsten in den Sinn kommen. Denn in diesen muß doch oft genug von der Zahlung des Kaufpreises oder sonstiger Zufriedenstellung des Verkäufers als einem Erfordernisse der usucapio pro emtore die Rede gewesen sein. Von allen solchen Stellen ist aber in die Justinianischen Rechtsbücher nicht eine einzige aufgenommen. Wie ließe sich dies anders erklären als mit der bewußten Absicht, jenes Erforderniß fallen zu lassen?

---

34) Vgl. Const. Summa reipublicae §. 3, L. 1 §. 12, L. 2 §. 19, 21 C. de vet. iure enucl. 1, 17.

Es kommt noch hinzu, daß in die Digesten umgekehrt in der L. 8 D. de Publ. act. 6, 2 eine Stelle aufgenommen ist, welche ausdrücklich die geschehene Zahlung des Kaufpreises zur Publiciana für nicht erforderlich erklärt. Nun steht die grundsätzliche und durchgängige Uebereinstimmung der Publiciana mit der Ersitzung auch für das Justinianische Recht zweifellos fest. Schon in den Institutionen wird der Zusammenhang der Publiciana mit der Ersitzung hervorgehoben (§. 3, 4 I. de act. 4, 6), und auch in dem Digestentitel de Publiciana in rem actione wird oft genug darauf hingewiesen. Eine solche Hinweisung findet sich sogar gerade in der Stelle (L. 7 §. 17 D. h. t.), welche der L. 8 unmittelbar vorausgeht. Daraus folgt, daß im Zweifel und soweit nicht der Gesetzgeber selbst bestimmte Ausnahmen gemacht hat, von dem einen Institut auf das andere geschlossen werden muß. Dieser Schluß führt denn aber hier wiederum zu dem Ergebnisse, daß nach Justinianischem Recht auch für die usucapio pro emtore in der geschehenen Zahlung des Kaufpreises keine nothwendige Voraussetzung liegt.

Und läßt sich nicht vollends der Ausspruch der L. 8 ganz unmittelbar für unsere Frage verwerthen? Gilt nicht, was Gaius in Ansehung der Publiciana vom Edicte sagt, in Ansehung der Ersitzung vom Corpus iuris? Daß zur usucapio pro emtore die geschehene Zahlung des Kaufpreises gehöre, davon wird im ganzen Corpus iuris nichts gesagt. Muß man daraus nicht, nach der eigenen Anleitung des Gesetzgebers in jener Stelle, die nämliche Folgerung ziehen, die Gaius aus dem Schweigen des Edictes gezogen: daß es nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen, ein solches Erforderniß aufzustellen?

Auf dem Standpunkte des Justinianischen Rechtes scheinen mir diese, in der Hauptsache schon von Stintzing, Scheurl und Exner angeführten Gründe völlig unanfechtbar.

14. Das Verhältniß stellt sich aber demnach so, und es wird sich nicht bestreiten lassen, daß diese Gestaltung eine praktisch recht zweckmäßige ist.

Der Käufer, welcher sich auf Ersitzung beruft, braucht nicht die erfolgte Zufriedenstellung des Verkäufers anzuführen

und zu beweiſen. Vielmehr beginnt für ihn die Erſitzung der Sache ſtets unmittelbar mit der Uebergabe, ſelbſt wenn ihm der Kaufpreis nicht geſtundet und der Verkäufer noch nicht zufriedengeſtellt iſt. Und zwar beginnt ſie in dieſem Zeitpunkte nicht blos dritten, ſondern auch dem Verkäufer ſelbſt gegenüber; letzteres natürlich auch in dem Fall, wenn der Verkäufer ſelbſt der Eigenthümer war. Denn es iſt gar nicht abzuſehen, warum ſolchenfalls der Käufer nicht eben ſo wohl ſollte erſitzen können, als wenn die verkaufte Sache einem dritten gehörte.

Daraus folgt freilich, daß der Verkäufer des in dem geſetzlichen Eigenthumsvorbehalte liegenden Schutzes verluſtig geht, wenn er die Erſitzungszeit verſtreichen läßt, ohne ihn geltend zu machen noch auch das Kaufgeld beizutreiben. Allein erſtens iſt dieſes wegen der erheblich verlängerten Erſitzungszeit ungleich weniger bedenklich, als im klaſſiſchen Rechte; ſodann aber kann ſich auch der Verkäufer, ſo lange er einer Perſon gegenüberſteht, gegen welche eine exceptio doli aus der Perſon des Käufers wirkt, gegen die Geltendmachung des erſeſſenen Eigenthums noch immer durch eine auf ſeine noch nicht erfolgte Zufriedenſtellung gegründete exceptio oder nach Umſtänden replicatio doli ſchützen. [35])

15. Es iſt eine intereſſante Wahrnehmung, daß von Julian und Ulpian auch der Kauf des Herrn von ſeinem eigenen Sklaven als wirklicher rechtsgültiger Kauf betrachtet wird, welcher für den Herrn eine possessio und usucapio pro emtore begründet. Wir lernen dieſes nebſt einer hübſchen Anwendung aus L. 11 §. 8, L. 12 D. de inst. act. 14, 3. Ich will nur die erſte dieſer Stellen hierher ſetzen:

> Ulpian. l. XXVIII. ad Edict.: Si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit, emtio est; nam quum dominus a servo emit, est emtio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro

35) Vgl. Scheurl, Beiträge II. S. 66.

emtore et possidere et usucapere dominus possit.

Daß man dabei nicht etwa an eine Usucapion aus blos putativem Titel denken darf, wie die Gloſſe zu dieſer Stelle zu thun ſcheint, erhellt theils aus der ganzen Darſtellung, beſonders aus dem wiederholten „est emtio", theils daraus, daß nach L. 27 D. de usurp. 41, 3 (oben S. 12) Ulpian ein Anhänger der ſtrengern Anſicht war, die auf Grund eines nur vermeintlichen Titels eine usucapio nicht geſtattete.

Mit L. 11 §. 8, L. 12 citt. ſcheint allerdings im Widerſpruche zu ſtehen L. 14 §. 3 D. de in diem add. 18, 2 von Paulus in den Worten:

Aliter atque si servo suo vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit, quia non est emtio his casibus.

Es iſt möglich und im Hinblick auf eine ſogleich zu berührende anderweite Meinungsverſchiedenheit ſogar höchſt wahrſcheinlich, daß Paulus über Kaufgeſchäfte zwiſchen Herrn und Sklaven anders dachte, als Julian und Ulpian. Oder ſollte die verſchiedene Entſcheidung der genannten Stellen damit zuſammenhängen, daß dort der Herr vom Sklaven, hier der Sklave vom Herrn kauft? daß man alſo zwar den Kauf des Herrn vom Sklaven, nicht aber denjenigen des Sklaven vom Herrn für ein wirkliches rechtsbeſtändiges Geſchäft anerkannt hätte? Für einen ſolchen Unterſchied wäre aber doch kaum irgend ein Grund abzuſehen. [36])

Doch ſei dem, wie ihm wolle. So viel wenigſtens kann bei unbefangener Auslegung der L. 11 §. 8, L. 12 citt. nicht

---

36) Savigny, Syſtem II. S. 423 erklärt mit Berufung auf L. 14 §. 3 cit. für ganz nichtig „den Verkauf einer Sache von Seiten des Herrn an ſeinen Sklaven". Den andern Fall des Verkaufes von Seite des Sklaven an den Herrn und die L. 11 §. 8, L. 12 citt. berührt er nicht. Eben ſo wenig Schwanert, Die Naturalobligationen des röm. Rechts S. 298, der übrigens glaubt, daß der Ausſpruch der L. 14 §. 3 cit. noch nicht nothwendiger Weiſe zur Annahme der Nichtigkeit des Verkaufes von Seite des Herrn an den Sklaven hinführe. Ueberwiegende allgemeine Erwägungen ſprächen gegen dieſe Annahme.

zweifelhaft ſein, daß Julian und Ulpian in dem Kaufe des Herrn vom Sklaven einen wirklichen, zum verus titulus pro emtore dienlichen Kauf erblickten. Und dieſes erhält eine weitere Beſtätigung durch zwei andere Stellen von Julian, die L. 9 und 10 D. pro emt. 41, 4:

L. 9 (Iulianus l. III. ad Urseium Ferocem): Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi emtor usucapere.

L. 10 (Iul. l. II. ad Minicium): Servus domino ancillam, quam surripuerat, pro capite suo dedit, ea concepit; quaesitum est, an dominus eum partum usucapere possit. Respondit: hic dominus quasi emtor partum usucapere potest; namque res ei abest pro hac muliere et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.

Zum vollen Verſtändniſſe dieſer Stellen muß man ſie mit L. 33 pr. D. de usurp. 41, 3 und L. 11 §. 4 D. de Publ. act. 6, 2 zuſammenhalten, wonach Julian der Anſicht war, daß das bei dem gutgläubigen Erwerber einer ancilla furtiva von ihr concipirte und geborene Kind immer aus dem nämlichen Titel uſucapirt werde, aus dem die Mutter ſelbſt uſucapirt werden würde, wenn nicht die Furtivität im Wege ſtünde, während freilich Paulus nach L. 2 D. pro suo 41, 10 am Sklavenkinde, wie an Früchten einer Sache, nur eine possessio pro suo und alſo ohne Zweifel auch nur eine usucapio pro suo annehmen wollte.[37])

Uebrigens ſehen wir aus L. 4 §. 16 D. de usurp. 41, 3 und L. 2 §. 14 D. pro emt. 41, 4, daß andere Juriſten, namentlich Sabinus, Caſſius, Celſus und Paulus, in Anſehung des in LL. 9, 10 citt. erörterten Falls eine von der Julianiſchen abweichende Meinung hatten, indem ſie da-

37) Ueber das ganze, unter den römiſchen Juriſten höchſt ſtreitige Verhältniß des partus ancillae furtivae vgl. Möllenthiel, Natur des guten Glaubens, S. 68 ff., Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 121 (2. Aufl. S 420 ff.), Böcking, Pand. §. 146, Note 43, Schirmer in der Zeitſchr f. Civilr. u. Proc. XV. S. 302 ff.

von ausgingen, daß das vitium, welches bei dem Sklaven bestanden, den Herrn an der Ersitzung hindere. Es mag das damit zusammenhängen, daß diese Juristen gemäß der in L. 14 §. 3 D. de in diem add. vertretenen Anschauung einen Kauf zwischen Herrn und Sklaven für nichtig und daher zur Begründung eines neuen selbständigen Usucapionstitels nicht für geeignet hielten.[38])

16. Wenn nun, wenigstens nach der Ansicht mancher römischer Juristen, schon in einem Kaufe zwischen Herrn und Sklaven ein verus titulus liegt, so muß dieses (und darüber bestand schwerlich ein Streit) um so mehr von dem Kaufe zwischen dem Sklaven und einem dritten gelten. Und zwar selbst dann, wenn jener ohne Wissen des Herrn eine Peculiarsache verkauft hätte, ob ihm gleich die Verwaltung des Peculiums und folglich die Befugniß der Veräußerung von Peculiarsachen nicht eingeräumt war.[39]) Denn es fehlt in einem solchen Fall an nichts, als am Dispositionsrechte des Verkäufers über die Sache. Dieser Mangel schließt aber das Dasein eines verus titulus nicht aus. Der Käufer kann also, selbst vom Standpunkte der strengern Partei, usucapiren, sofern nur auch die nöthige bona fides vorhanden.

Wir haben dafür zum Ueberfluß auch bestimmte Quellenzeugnisse, nicht blos in L. 34 pr. D. de usurp. 41, 3 von Alfenus Varus, einem Juristen aus einer Zeit, in welcher die strengere Ansicht ohne Zweifel noch die allgemein herrschende war, sondern auch in L. 10 C. quod cum eo 4, 26. Wenn in diesem Rescripte die Kaiser Diocletian und Maximian aussprechen, der Verkauf einer Peculiarsache von Seite eines Sklaven, dem die Verwaltung des Peculiums abgehe, könne auf den Käufer weder das Eigenthum übertragen, noch auch denen,

---

38) Ueber die verschiedenen, nach meinem Bedünken völlig vergeblichen und bei der Gleichgültigkeit der Frage für das heutige Recht zudem ganz zwecklosen Vereinigungsversuche s. Unterholzner S. 423 f.

39) Vgl. L. 48 D. de pecul. 15, 1, L. 7 D. de donat. 39, 5, L. 34 pr. D. de novat. 46, 2, L. 10 C. quod cum eo 4, 26. Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Neue Folge. Bd. V. S. 200 ff., 232 ff.

welche das Verhältniß dieſes Sklaven kennten, ein iustum initium possessionis verſchaffen, und folglich komme auch die longi temporis praescriptio ſolchen Beſitzern nicht zu gute: ſo ergibt ſich daraus durch einen hier ganz ſichern und unbedenklichen Schluß vom Gegentheil, daß es nach Meinung der Kaiſer blos der Mangel des guten Glaubens iſt, was der longi temporis praescriptio im Wege ſteht, und daß alſo ein gutgläubiger Käufer ſich auf longi temporis praescriptio würde haben berufen dürfen. Nun zeigen aber ferner viele andere Stellen, daß gerade die genannten Kaiſer der aller-ſtrengſten Anſicht in Betreff des Titels huldigten und zur longi temporis praescriptio ſowohl, wie zur usucapio immer unbedingt einen verus titulus erforderten.[40]) Wir dürfen daher, wo ſie eine usucapio oder longi temporis praescriptio zulaſſen, ſtets ganz getroſt das Daſein eines wirklichen Titels annehmen.

Es iſt bisher von Fällen die Rede geweſen, in denen entweder überhaupt und ſelbſt rein thatſächlich gar kein Kauf vorgekommen, oder aber umgekehrt ein vollkommen gültiges Kaufgeſchäft mit darauf hin erfolgter ebenfalls vollgültiger Uebergabe vorhanden war. Es bleibt noch eine dritte Klaſſe von Fällen übrig, nämlich ſolche, in denen zwar ein Kauf ſtattgefunden, irgend ein Hinderniß aber ſeiner Gültigkeit im Wege ſteht.

---

40) Vgl. einſtweilen folgende Reſcripte dieſer Kaiſer: L. 3 C. de usuc. pro don. 7, 27: „Irritam facere donationem perfectam nemini licet. Utque hoc verum est, sic error falsae causae ratione bonae fidei non defenditur. Quod et in dominio pro usucapione quaerendo servatur.“ L. 5 C. de praescr. l. t. 7, 33: „Nec petentem dominium ab eo, cui petentis solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit, silentii longi temporis praescriptione depelli, iuris evidentissimi est.“ Ferner L. 4, 9 C. eod.; L. 24 C. de rei vind. 3, 32; L. 22 C. fam erc. 3, 36; L. 6 C. de ingen. man. 7, 14; L. 8 C. ne de statu 7, 21; L. 8, 9 C. de usuc. pro emt. 7, 26; L. 3, 4 C. de usuc. pro her. 7, 29.

Gerade bei diesen Fällen laufen die Meinungen sehr aus einander, ob und wie weit ein wirklicher oder nur ein putativer Titel anzuerkennen. Ich will aber, um den Raum dieses Heftes für andere Beiträge nicht allzu sehr zu schmälern, die Besprechung dieser Fälle dem nächsten Hefte vorbehalten.

December 1867.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

II.

Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person.

Von Herrn Dr. **Tewes**,
Professor in Graz.

Den Gegenstand nachstehender Untersuchung bildet die Beantwortung der drei Fragen:

I. Wenn Jemand den Rath ertheilt, so und so zu handeln, wird derselbe dadurch obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

II. Wenn Jemand einen Dritten als geeignet, mit ihm in ein Rechts- oder factisches Verhältniß einzutreten, empfiehlt, wird derselbe dadurch obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

III. Wenn Jemand der Obervormundschaft einen Dritten als geeignet zur Uebernahme der Vormundschaft empfiehlt, wird derselbe dadurch dem Pupillen obligirt? Eventuell unter welchen Voraussetzungen?

A.

Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath.

Unter älteren wie neueren Civilisten ist zwar der Satz unbestritten: